

## “É Injusto, Mas É a Lei”: a Pena Mínima de Prisão Como Obstáculo à Pena Justa

**MAÍRA ROCHA MACHADO<sup>1</sup>**

Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.

**MARGARIDA GARCIA<sup>2</sup>**

University of Ottawa, Ontario, Canada.

**ÁLVARO PIRES<sup>3</sup>**

University of Ottawa, Ontario, Canada.

**RESUMO:** A partir de entrevistas reflexivas com juristas brasileiros, o texto oferece um quadro conceitual para a reflexão sobre as possibilidades decisórias diante da pena mínima de prisão. Os resultados sistematizam as razões e os métodos para aplicar e deixar de aplicar a pena mínima, contribuindo para ampliar nosso conhecimento sobre a divisão de tarefas entre legislador e juiz em matéria de penas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dosimetria da pena; cálculo da pena; entrevistas reflexivas; separação de poderes; proporcionalidade.

**ABSTRACT:** Based on “reflexive interviews” with judges, prosecutors and legal scholars, the paper provides a theoretical frame to discuss decisional possibilities regarding mandatory minimum sentences. Results show reasons and methods to apply and avoid minimum sentences, contributing to a broader agenda related to the separation of powers in criminal matters.

**KEYWORDS:** mandatory minimum sentences, separation of powers, “reflexive interviews”, sentencing.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Notas metodológicas; 2 A definição de pena mínima: uma mensagem do legislador ao juiz; 3 Possibilidades decisórias diante da pena definida pelo legislador; 3.1 Permanecer na face marcada: razões para aplicar a pena mínima; 3.2 O outro lado da face marcada pelo legislador: razões e métodos para não aplicar a pena mínima; 4 Ainda sobre o outro lado: métodos

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0003-1303-5790>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-5963-8840>>.

3 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-5927-9091>>.

para não aplicar a pena mínima; 4.1 Resolver o problema prático sem enfrentar o problema teórico (contornar a linha); 4.2 Resolver o problema prático enfrentando o problema teórico (cruzar a linha); Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

A quem cabe decidir a pena a ser imposta ao réu: ao legislador ou ao juiz? Ou mais especificamente: quando a pena criada pelo legislador é percebida como excessiva, inadequada ou, simplesmente, injusta, quais as possibilidades decisórias do juiz? Essa questão convida a compreender quais têm sido as razões e os métodos utilizados por juízes e promotores diante desse tipo de situação. Ao debruçar-se sobre a questão das possibilidades decisórias diante da pena criada pelo legislador, este texto busca contribuir para uma reflexão mais ampla sobre a divisão de tarefas entre o legislador (sistema político) e o juiz (sistema jurídico) em matéria de penas<sup>4</sup>. Os termos dessa divisão de tarefas podem variar substancialmente conforme o contexto jurídico e político, o que potencializa o interesse por estudar a questão em diferentes jurisdições.

De forma muito breve, podemos dizer que essa divisão atribui ao legislador a tarefa de selecionar as sanções aplicáveis e esvazia o processo decisório do juiz neste âmbito. Do ponto de vista do juiz, a pena não é o resultado de uma decisão “autônoma” ou específica, mas a consequência natural da decisão condenatória (juízo de imputação). Portanto, de acordo com essa forma de dividir as tarefas entre legislador e juiz em matéria de penas, a indicação abstrata feita pelo legislador das penas atribuíveis aos crimes sobrepõe-se e, em certos casos, até mesmo impede que o juiz decida a pena em função das características do caso concreto.

Nosso objetivo aqui é observar a questão da divisão de tarefas entre o legislador e o juiz na determinação da pena a partir do material coletado em entrevistas com juízes e promotores brasileiros. Mais especificamente, nosso interesse é observar de que modo é percebido o papel da lei e o espaço de atuação do juiz em matéria de determinação da pena.

A próxima seção apresenta a definição de pena mínima utilizada neste texto: trata-se de uma mensagem que, entre várias outras, é endereçada pelo legislador ao juiz. Ao concebê-la desse modo, deslocamos o debate sobre o nível de “obrigatoriedade” da pena mínima para o modo como o juiz poderá receber e reagir a essa mensagem. Em seguida, o texto passa

4 Sobre essa distinção, ver Pires e Cauchie (2011).

a trabalhar mais sistematicamente com o material empírico – trechos de entrevistas – e apresenta as três possibilidades decisórias identificadas até o presente momento: reafirmar a primazia da pena mínima mesmo quando considerada injusta (permanecer na face marcada), evitar a imposição da pena considerada injusta sem enfrentar o problema diretamente (contornar a linha) e, por fim, apoiar-se em outras normas para decidir uma pena inferior àquela estabelecida pelo legislador (cruzar a linha). A última seção apresenta as considerações finais.

## 1 NOTAS METODOLÓGICAS

A demarcação da fronteira entre o legislador e o juiz em matéria de penas diz respeito ao modo como determinados *contextos* políticos e jurídicos favorecem – ou não – a reflexão sobre as implicações da permanência das penas mínimas nas legislações contemporâneas. Neste ponto, trabalhamos com a hipótese de que a afirmação de que a pena mínima é um problema não pode ser tomada de barato. De acordo com o contexto, ela pode justamente não ser (ainda) observada como um problema em si, isto é, como um problema que exige uma prática alternativa à criação dessas penas. Nestes contextos, dizer que “a pena mínima é um problema” pode parecer um contrassenso. Trata-se de situações nas quais um grande número de observadores políticos e jurídicos não experimentaram – no plano da reflexão – a pena mínima como sendo um problema. Ao contrário, podemos dizer que eles simplesmente “vivem” a pena mínima, reproduzem normalmente as penas mínimas e justificam de diferentes maneiras as operações de reprodução e de manutenção dessas penas. As penas mínimas estão bem longe de se apresentarem à observação como um problema, ao menos no plano da reflexão. Alguns juízes e promotores podem ter tido experiências desagradáveis no plano de suas práticas ou ter descartado aplicação dessas penas, mas daí não segue automaticamente uma tomada de consciência teórica e aprofundada do problema da pena mínima.

Daí decorre nosso interesse por estudar a questão das penas mínimas no Brasil e no Canadá. Como tivemos a oportunidade de explicitar em outra ocasião, Brasil e Canadá tiveram trajetórias muito distintas em relação à pena mínima desde seu surgimento na prática legislativa laica dos Estados Modernos na primeira metade do século XIX. No caso do Brasil, apesar de sua presença nas sucessivas codificações penais, não foi possível identificar, no campo da doutrina jurídica e até mesmo da jurisprudência, um verdadeiro debate sobre a permanência das penas mínimas de prisão nas práticas

legislativas<sup>5</sup>. Enquanto o Brasil teve uma trajetória estável, o Canadá ilustra o que denominamos de trajetória histórica regressiva. A estrutura de penas dominante na primeira codificação criminal canadense (1892) estabelece somente a pena máxima, sem indicação de pena mínima. Referimo-nos a um modelo dominante porque, naquela codificação, havia também uma pequena parcela de infrações que previam penas mínimas, das quais 6 de prisão e 25 de multa. Esse cenário modifica-se, sobretudo, após os anos 1960, momento em que o Canadá abole a pena de morte. Apesar da forte oposição de juristas e comissões de reforma, várias leis são aprovadas instituindo penas mínimas de prisão em crimes que até então previam tão somente penas máximas.

Em que pesem as diferentes trajetórias, juízes e promotores ambientais em um e outro contexto são cotidianamente chamados a tomar decisões em que a pena mínima de prisão pode impor uma experiência decisória desagradável ou desconfortável. Em outras palavras, o “mal-estar” gerado pela imposição de uma pena decidida pelo legislador e considerada inadequada pelos juízes e promotores pode emergir – e de fato emerge – nos dois contextos.

Ainda que a especificidade da trajetória canadense esteja presente no pano de fundo das reflexões propostas aqui, o presente texto estrutura-se a partir de vinte e uma entrevistas realizadas em cinco capitais brasileiras, com juristas, promotores e juízes que atuam desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>.

As entrevistas realizadas nesta pesquisa são de um tipo particular. A denominação proposta por um dos autores, em outro trabalho, é “entrevista reflexiva” (Pires, 2004). Trata-se de uma proposta metodológica e epistemológica original que concebe a entrevista de pesquisa como instrumento que permite captar fenômenos cognitivos “macrossociológicos” independentes do pensamento individual dos atores. As pesquisas sociológicas tradicionais pensaram as entrevistas qualitativas como forma de “tematizar a ligação entre o ator e os sistemas”, com o objetivo de “observar o efeito do sistema sobre o ator ou a capacidade de resistência do ator face ao sistema” (Pires,

5 Para maiores detalhes sobre a trajetória dessas duas jurisdições – e também da França, ver Machado e Pires (2016, p. 1047-50).

6 As entrevistas foram transcritas e codificadas no *software* para processamento de dados qualitativos N-Vivo. O tratamento das entrevistas gerou mais de uma centena de códigos dos quais, neste texto, trabalhamos com aqueles que contemplam as “razões” e os “métodos” para lidar com os problemas teóricos e práticos colocados pela pena mínima de prisão. Para a garantia do anonimato, as entrevistas são numeradas e identificadas apenas pelo papel social do entrevistado – juiz, promotor, jurista. Pela mesma razão, optamos também por não identificar o gênero da pessoa entrevistada.

2004, p. 177). A proposta das “entrevistas reflexivas” é de conceder um lugar central ao sistema, sem uma ligação direta aos atores. Em outras palavras, como indica Pires, “trata-se de se apoiar na experiência cognitiva dos atores no sistema comunicacional para explorar de forma mais direta, através das entrevistas, aspectos do sistema de pensamento” do sistema social (Pires, 2004, p. 180).

Ainda assim, ao observarmos o conjunto de entrevistas, é possível perceber que todos haviam *vivenciado*, no plano da prática e de diferentes maneiras, *certo incômodo* com a separação de poderes em matéria de penas que se encontra cristalizada desde a formação do direito penal moderno. Ainda que vivenciada por todos, poucos haviam refletido teoricamente sobre a questão. O roteiro e a condução das entrevistas foram pensados justamente para provocar uma *reflexão teórica* sobre essa e outras questões colocadas pela permanência da pena mínima nas legislações atuais. Antes de avançar sobre o material empírico, a próxima seção apresenta algumas distinções centrais para o debate sobre o problema das penas mínimas de prisão na legislação criminal contemporânea.

## 2 A DEFINIÇÃO DE PENA MÍNIMA: UMA MENSAGEM DO LEGISLADOR AO JUIZ

Nosso ponto de partida para elaborar a definição de pena mínima é o seguinte: a pena mínima constitui uma mensagem que o legislador (parlamento) envia ao juiz (tribunal) sob a forma de uma lei (mais precisamente, de uma norma de sanção). Essa mensagem, inscrita na legislação, diz ao tribunal, em sua forma mais simples e típica, o seguinte: “Se você condenar A, deverá escolher a pena X na quantidade mínima Y”. Essa mensagem pode assumir formas muito mais complexas. Evidentemente, uma mensagem que é enviada “publicamente” ao tribunal pode ser “vista” e “compreendida” de outra forma por outro observador (um membro do público ou um jurista, por exemplo). Não queremos entrar aqui no debate visando a determinar “a quem se dirige a lei”. Para os nossos propósitos, é suficiente lembrar que a decisão subsequente, de aplicar (ou não) institucionalmente a norma de sanção, cabe ao juiz e somente ao juiz (salvo, claro, se outros atores forem autorizados a fazê-lo pelas normas processuais).

Quando o legislador envia essa mensagem ao juiz, ele traça uma distinção principal e uma distinção secundária<sup>7</sup>. Ele distingue inicialmente uma

7 As metáforas utilizadas neste texto – “traçar/não traçar uma distinção”, “face marcada/não marcada” e “cruzar/não cruzar a linha” – têm como ponto de partida o trabalho *Laws of Form* do matemático George Spencer Brown (1969/1979). Este autor vai criar o que Seidl (2005, p. 24) denominou uma “matemática das distinções”. Essa matemática traz com ela uma teoria geral da observação que será desenvolvida por

pena das demais penas restantes ou possíveis e distingue, em seguida, uma *quantidade* desta pena de todas as quantidades possíveis. Esta quantidade escolhida assume a forma de um patamar ou de um “chão” (quantidade *mínima*). De maneira figurativa, essa mensagem é como se o legislador traçasse uma linha vertical em uma folha branca. Quando o legislador traça essa linha, ele cria uma *distinção* que tem duas faces e somente duas faces. Toda a distinção com duas faces obriga aquele que distingue a “marcar” uma das faces para continuar a se expressar. No caso da pena mínima, a face que o legislador marca é a face que separa a pena mínima das outras penas que *vão da quantidade da pena mínima selecionada para cima*.

Afirmar que um observador (aqui, o legislador) “marca” uma face significa que este observador seleciona de forma visível e consciente esta face. Ele “se coloca” nesta face (e não na outra), ao menos no momento ou no contexto desta seleção. O legislador, realizando essa operação, expressa e constrói uma expectativa (normativa): ele comunica ao tribunal que sua expectativa normativa é que o juiz dê a A, em caso de condenação, “a pena X ao menos na quantidade 5”. Se o juiz dá a pena Y ou a pena X na quantidade 1, esta expectativa do legislador é “frustrada”. Evidentemente, o juiz pode frustrar esta expectativa normativa do legislador em nome de outras expectativas normativas do próprio legislador, inclusive do legislador constitucional.

Quando uma decisão criando uma pena mínima é tomada pelo legislador, a (potencial) decisão seguinte será a do tribunal. Como nossa folha em branco já está dividida em duas faces pela distinção do legislador, a escolha do juiz deverá levar essa distinção em conta *de alguma forma*. Pois ele não pode nem jogar fora a folha de papel nem apagar a distinção e a marca do legislador. Aliás, é extremamente difícil ignorá-la completamente ou proceder como se a folha não existisse. A decisão do juiz será, então, posicionar-se na face marcada pelo legislador (e fazer, nesta face, outras distinções e outras marcas) ou *cruzar* a linha feita pelo legislador para se colocar na *outra face* (no caso, a face 1).

Há observadores não decisores (por exemplo, na doutrina jurídica) que dirão que o juiz é obrigado a se colocar na face 2, aquela marcada pelo legislador. Trata-se, evidentemente, de uma *interpretação*, isto é, de uma escolha ou preferência que esses observadores enunciam. Ao fazê-lo, eles

---

contribuições transdisciplinares (biologia, psicologia, sociologia, filosofia). Nós devemos a Niklas Luhmann (1990, 1992, 1993 e 2002) a adaptação e o desenvolvimento dessa teoria para as ciências sociais. Neste texto, vamos emprestar e adaptar essas metáforas para utilizá-las como instrumentos conceituais com o objetivo de descrever o nosso material empírico.

nos dizem essencialmente que possuem as mesmas expectativas enunciadas pelo legislador no caso desta norma específica. Mas há outros observadores não decisores (também na doutrina jurídica) que experimentarão outro ponto de vista. Para eles, esta expectativa do legislador não constitui uma *obrigação fechada*, mas um tipo de presunção ou de “regra geral” que permite certo número de exceções em razão de outras normas de sanção ou de princípios de determinação da pena aceitos pelo Direito. Mais uma vez estamos diante de uma interpretação ou de uma forma de *compreender* a mensagem do legislador. Enfim, cabe ao tribunal no caso concreto e em última instância a tarefa de dizer no que consiste esta mensagem.

É importante acrescentar que o observador-decisor, no caso o próprio juiz, é obrigado a decidir se ele vai se colocar na face marcada pelo legislador ou se, ao contrário, ele vai cruzar esta linha e se colocar na outra face. Quando uma linha já está traçada e uma face já está marcada por um decisor, é necessário um *esforço particular* – e frequentemente uma série de condições específicas – para cruzar a linha. É justamente esse aspecto do problema que buscaremos visualizar com mais detalhe a partir de nosso material empírico. Este “cruzamento” não é fácil, mesmo quando a linha *não é interpretada* como sendo “obrigatória”. E este cruzamento é ainda mais difícil quando esta linha é interpretada como “obrigatória”. A “exceção” é, além de mais difícil, muito mais trabalhosa de ser criada e justificada. Enfim, não se “cruza” uma regra geral ou uma presunção sem esforço (cognitivo e psíquico) e sem riscos.

Notemos que, mesmo quando compreendemos uma linha como “obrigatória”, isso não significa automaticamente, no mundo dos  *fatos*, que ela *não virá a ser nunca cruzada*. Significa simplesmente que aquele que a cruza deve tomar para si os riscos de sua decisão e as exigências de sua justificação. Mesmo quando cruzada, esta linha permanecerá obrigatória para a próxima decisão do tribunal. O decisor subsequente deve novamente decidir se ele vai ou não cruzá-la, e poderá ignorar o cruzamento precedente.

### 3 POSSIBILIDADES DECISÓRIAS DIANTE DA PENA DEFINIDA PELO LEGISLADOR

Nesta seção, apresentaremos as formulações que apareceram em nosso material empírico para permanecer na face marcada (4.1) e para se colocar na outra face (4.2.). Não nos interessa a posição eventualmente assumida pelos entrevistados sobre qual deveria ser a melhor decisão em relação ao caso concreto, mas sim apresentar um primeiro esboço das questões práticas e teóricas que essa separação de poderes cristalizada nos coloca em matéria de determinação da pena.

### 3.1 PERMANECER NA FACE MARCADA: RAZÕES PARA APLICAR A PENA MÍNIMA

Para refletir sobre a permanência na face marcada, isto é, sobre a atuação do juiz conforme a mensagem do legislador “pena X não inferior a Y”, apresentaremos a seguir dois conjuntos de argumentos identificados em nosso material empírico. No primeiro, agrupamos as formulações que expressam as representações de nossos entrevistados sobre o significado da lei e o modo como se relacionam com ela. E, no segundo, coletamos algumas das implicações desta forma de conceber a divisão de tarefas na atuação cotidiana dos nossos entrevistados.

O primeiro conjunto de argumentos mobilizado para justificar a permanência na face marcada veicula certa representação da lei como manifestação da vontade popular e, portanto, como a mais adequada para definir os “patamares de valores” e os “juízos de censura” de uma determinada sociedade. A forma de expressar esses valores é diretamente associada à pena mínima estipulada pelo legislador. Aqui, a criminalização (seleção de norma de comportamento) aparece como um estágio intermediário e de-simportante em face do parâmetro mínimo indicado na norma de sanção, este sim revelador da gravidade de um determinado comportamento. Nessa representação, enfim, todas as tarefas em matéria de penas estão na mão do legislador, que representa a vontade do povo, e ao juiz cabe apenas convalidá-las e transmiti-las ao réu.

Os trechos selecionados a seguir apresentam, de diferentes formas, os três componentes desse primeiro esquema de divisão de tarefas: (i) o povo é quem deve decidir sobre a reprovabilidade de certas condutas; (ii) apenas a lei representa a vontade do povo; (iii) os juízos de reprovabilidade expressam-se pelo binômio crime e pena-mínima. Diante dessa forma de representar a lei, o juiz é colocado em posição de obediência e submissão ao texto legal (iv). Uma posição que marca e define sua margem de atuação em matéria de penas.

Refletindo sobre a adequação de deixar nas mãos do legislador o “juízo inicial de reprovação” de determinadas condutas, perguntamos ao nosso entrevistado por que ele considera que o mínimo transmite essa ideia de reprovabilidade. E nosso entrevistado responde:

[o legislador] quando diz – “o mínimo para tal conduta é superior ao mínimo [de tal outra]” – ele está distinguindo, ele está individualizando. Ele censura o que aquele ato representa. Não há como negar que os atos são diferentes. A individualização em relação ao réu quem vai fazer é o juiz dentro daqueles limites. Mas aquele juízo preliminar de censura da conduta, independente-

mente de quem praticou – olha, um homicídio é sempre mais censurável do que um furto [...] – não [podemos] permitir que isso seja transmitido para o juiz que não tem delegação popular para isso. (Juiz 3)

Dois pontos importantes aos propósitos deste texto aparecem neste primeiro trecho. Em primeiro lugar, nosso entrevistado observa a pena mínima como um juízo inicial de censura, realizado pelo legislador e, portanto, “independentemente de quem praticou”, que permite “distinguir” e escalonar a censurabilidade de diferentes condutas<sup>8</sup>. Essa formulação é reiterada por outros entrevistados, mesmo aqueles que identificam dificuldades importantes quando a mesma pena mínima, no caso de 2 anos, é utilizada pelo legislador para condutas muito diferentes, como o furto qualificado e a tortura<sup>9</sup>.

O segundo ponto toca diretamente a questão da divisão de tarefas entre a lei e o juiz. No trecho acima, a definição da censurabilidade – expressa pela pena mínima – é atribuída a quem tem “delegação popular”, isto é, à lei. Para aprofundarmos o sentido de atribuir ao “povo” a tarefa de escolher sanções no âmbito do direito criminal, formulamos, de maneira mais provocadora, a seguinte questão aos nossos entrevistados: “Não seria como atribuir ao povo a prescrição de medicamentos com o conhecimento de medicina que ele tem?”. Um deles respondeu o seguinte:

Entendi. É. Eu entendi o que você quis dizer. Mas eu acho que essas instituições, esses poderes, têm esse papel. Para mim, o Poder Legislativo com todos os problemas que nós temos no Poder Legislativo brasileiro, o Judiciário, com todos os problemas que nós temos, ainda são as representações necessárias do Estado e eu não vejo outra medida de exercício da soberania popular. Agora, é claro que dentro da soberania popular existem os parâmetros, porém o exercício se dá pelos poderes. [...] Quando eu estou fixando uma sentença, no meu caso concreto, eu estou fazendo a partir dos patamares que o povo escolheu. E eu tenho que me sujeitar a isso, eu tenho que me sujeitar a isso. (Juiz 5)

- 
- 8 Além do verbo distinguir, nosso entrevistado utiliza também o verbo “individualizar”. Não podemos avançar neste ponto em face dos limites deste texto, mas remetemos o leitor para Machado *et al.* (2009, p. 50-57), em que discutimos o desenvolvimento do quadro teórico sobre a “individualização da pena” a partir do final do século XIX, que permitiu que até hoje utilizássemos este termo para nos referirmos a operações de categorização do legislador nas quais não há qualquer indivíduo concreto a considerar.
- 9 “Hoje, por exemplo, eu pratico um furto [...]. A pena para isso é de 2 anos, pena mínima fixada hoje. Se eu sou um agente do Estado e torturo uma pessoa numa delegacia a minha pena mínima hoje é de 2 anos. Pra mim existe uma desproporcionalidade nesse caso específico, mas querendo eu ou não, querendo eu ou achando certo ou não, nessa perspectiva houve uma valoração [...] através do legislativo do que é mais importante.” (Juiz 5)

Este último trecho já explicita a concepção de juiz que essa forma de conceber a lei e a divisão de tarefas em matéria de penas favorece. Esse esquema apareceu em nosso material empírico fortemente associado a uma autodescrição da atividade judicial que coloca o juiz em posição de “obediência” – “aqui nós obedecemos ou aplicamos aquilo que outro poder estabeleceu” (Juiz 3) – e de “sujeição” à lei (Juiz 5). À lei atribuem-se as funções de “mandar” (Juiz 2) e “jungir” (Juiz 1). E o ordenamento jurídico aparece representado como uma “amarra” (Juiz 1 e Juiz 4) à atuação judicial. Nesta ordem de ideias, qualquer atuação que não corresponda a “obedecer” à lei é apresentada como uma forma de “romper” o sistema legal (Juiz 1 e Juiz 6).

Com o que vimos até aqui é possível identificar algumas características importantes da divisão de tarefas em matéria de penas cristalizada com o advento do direito penal moderno. À lei cabe realizar o “juízo preliminar de censura” e de “reprovação das condutas”, fixando, assim, os “patamares de valores” de uma determinada sociedade. No entanto, esse juízo expressa-se não pela afirmação de que determinada conduta constitui um crime, mas pela atribuição de uma quantidade (mínima) de pena que deverá ser, ao menos ela, determinada pelo juiz no momento da sentença. A força dos termos utilizados pelos entrevistados para expressar como observam a mensagem da pena mínima ajuda a compreender os obstáculos cognitivos que emergem quando se trata de refletir sobre outras mensagens do legislador – inclusive constitucional – no momento da decisão sobre a pena. Voltaremos a esse ponto na seção 4.2.b quando tratarmos do cruzamento da linha.

Para concluir esta seção, gostaríamos de apresentar também alguns dos efeitos e implicações desta forma de conceber a divisão de tarefas em matéria de penas. Como explicitado por um de nossos entrevistados, ao atribuir à lei o papel de definir as sanções, de certa forma, os atores do Judiciário eximem-se da responsabilidade sobre a pena aplicada. Justamente, a responsabilidade, em matéria de penas, é do legislador. O trecho abaixo ilustra de que modo essa questão aparece também na atuação dos procuradores que, no momento da denúncia, propõem a qualificação jurídica de uma conduta e, com ela, as penas previstas. Nesse momento da entrevista, tratávamos sobre a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que elevou de 3 para 5 anos a pena mínima para o crime de tráfico e também criou uma causa de diminuição de pena para o caso de “mula” ou “pequeno traficante”. Nesse contexto, nosso entrevistado afirma ser a pena mínima de 5 anos “grave” e “um pouco inútil” e que, portanto, irá se “contentar com a redução ao máximo que a lei permite” (a causa de diminuição prevista na lei para o pequeno traficante é de 1/6 a 2/3). E conclui:

Agora, realmente eu não estou, na hora que eu faço isso, eu quero deixar claro, eu não estou me preocupando, ali eu não me preocupo na hora que eu estou fazendo isso *eu não estou ali me preocupando se é justa ou injusta essa redução* ao máximo. Ali eu estou simplesmente olhando – “bom, a lei diz isso então vamos aplicar isso”, entendeu? Eu deixo também, vamos dizer assim, *eu tento deixar a responsabilidade para o legislador*, se o legislador disser ali que caso de mula não é nem para ser processado eu não processo. (Promotor 7 – grifos nossos)

Esse trecho chama nossa atenção para uma das implicações desta atribuição de responsabilidade ao legislador: ela favorece certa “despreocupação” em relação ao caráter justo ou injusto de determinada pena. Se a responsabilidade pela definição da pena é do legislador, a questão da justiça no caso concreto não se coloca. De forma paradoxal, a pena mínima parece fazer aqui com que a justiça se desengaje da justiça da pena no caso concreto.

O tema da responsabilidade pela decisão aparece também em outro contexto, quando nosso entrevistado reflete sobre a possibilidade de participar do processo decisório sobre a sanção ao invés de deixá-lo integralmente nas mãos do legislador. Neste ponto, perguntávamos ao nosso entrevistado sobre o que ocorreria na experiência decisória dele se a lei definisse somente penas máximas e não penas mínimas. De imediato, respondeu “ficaria mais livre” (Juiz 1) e em seguida elaborou longamente sobre as dificuldades de atribuir ao juiz a função de “criar a pena mínima”. Entre as diversas questões levantadas, importa, especialmente a este ponto, o papel das faculdades de Direito na formação dos Magistrados e suas implicações no processo decisório sobre a sanção. Nosso entrevistado afirmou então estar “preocupa[do] com essa formação do Magistrado para criar uma pena mínima”. E, em seguida, conclui:

Eu tenho muito poder. O que fazer com ele? Porque, até por uma questão de retórica ou, então, de tranquilidade, eu posso dizer: “Poxa, eu fiz um júri o semestre passado, apliquei nove anos de cadeia, e vou para casa dormir, por quê?”. Porque foi o legislador que criou a lei, não fui eu que criei. A pena, foi ele que criou, não fui eu que criei a pena. [...] Até por uma questão de conforto em relação a dizer que o sistema que está aí está falido, que não ressocializa [...]. Mas foi o legislador que estabeleceu. Eu não criei a pena. Você criar a pena, eu acho que seria uma responsabilidade maior ainda, maior poder para o juiz, que não sei se o juiz está pronto, preparado para trabalhar bem esse poder. (Juiz 1 – grifos nossos)

Esta forma de dividir as tarefas em que é a lei que “cria” a pena e não o juiz oferece, para o nosso entrevistado, uma sensação de “tranquilidade” e “conforto” – que ganha ainda maior importância quando se está sensível às características de nosso sistema prisional, considerado “falido” e incapaz de ressocializar. Nesse contexto, pensar sobre a possibilidade de modificar a divisão de tarefas e passar a “criar a pena” é observada como a atribuição de uma “responsabilidade” e de um “poder” ainda maiores ao juiz.

Às ideias de conforto e tranquilidade na prática decisória trazidas pela pena mínima definida pelo legislador, outro entrevistado acrescenta a sensação de “comodidade”. Logo após narrarmos ao nosso entrevistado a passagem acima, indicando que, no decorrer da pesquisa, havíamos encontrado situações nas quais a percepção de que a definição das penas era atribuição do legislador traria uma sensação de tranquilidade e conforto, nosso entrevistado reagiu da seguinte forma:

Então, ele não decidiu. Se ele prefere não decidir, tudo bem. Tem dias, às vezes [...] que eu falo: “Ah, meu Deus, eu vou decidir esse processo?”. Eu não tenho a menor ideia do que fazer. [...] Porque, às vezes, decidir – às vezes, não, sempre – é duro. Então, aí é que está, é mais cômodo você não decidir mesmo, você convalidar. [...] É muito mais cômodo. E, de repente, ele sente esse conforto, é mais fácil viver, não é? (Juiz 2)

### 3.2 O OUTRO LADO DA FACE MARCADA PELO LEGISLADOR: RAZÕES E MÉTODOS PARA NÃO APLICAR A PENA MÍNIMA

Os trechos de entrevistas discutidos nesta seção foram selecionados de modo a oferecer um panorama das principais razões e métodos utilizados pelos entrevistados para, em hipótese ou concretamente, não aplicar a pena mínima prevista na lei, colocando-se, assim, do outro lado da face marcada pelo legislador. A partir de nosso material empírico, foi possível agrupar formulações sobre o “desconforto” gerado por essa concepção de divisão de tarefas que esvazia o espaço decisório do juiz em favor do legislador ao redor de duas grandes chaves: *contornar a linha* desenhada pelo legislador – resolvendo o problema prático sem enfrentar o problema teórico – ou efetivamente *cruzá-la*, enfrentando o problema prático e teórico que a pena mínima coloca à determinação da pena.

Nos trechos, invariavelmente, razões e métodos aparecem de forma conjugada. Para organizar a exposição, agrupamos nesta parte inicial exemplos de razões apresentadas nas entrevistas – que em muitos casos indicam um método também – e deixamos para discutir com maior detalhe as duas

possibilidades de não aplicar a pena mínima – contornar ou cruzar a linha – nas subseções seguintes.

Em nossas entrevistas, a principal razão do desconforto decisório relaciona-se com a invisibilização do indivíduo concreto que a existência da pena mínima proporciona – ou, nas palavras de um dos entrevistados, trata-se de “uma pena que abstrai a individualidade” (Juiz 4). Várias formulações revelam que é no momento que se volta a atenção para a pessoa que receberá a pena que a quantidade e qualidade da sanção previstas no tipo podem se mostrar injustas ou inadequadas.

Olha, toda vez que eu sentia que *a pessoa no processo*, deveria, na verdade, receber alguma pena aquém do mínimo, dar o mínimo era um desconforto. [...] Você está vendo que não é caso de aplicar aquela pena mínima, porque *a pessoa* não mereceria aquela pena mínima. (Jurista 2)

Este primeiro trecho formula, de maneira direta, a sensação de desconforto gerada pela existência de uma pena mínima em situações nas quais “a pessoa não merecia aquela pena mínima”. Aqui se opera claro deslocamento do binômio “crime (em abstrato) – pena mínima” para uma nova equação em a pena precisa ser definida em função da “pessoa no processo”.

O binômio “crime (em abstrato) – pena mínima” tem outra consequência: despersonalizar o processo decisório sobre a pena, descontextualizando completamente a situação concreta que deu origem ao processo. Como indica o próximo entrevistado, o juiz pode, nesses casos, reduzir a complexidade da tarefa de escolher a pena para o caso concreto ao retirar da equação a necessidade de escolher uma pena *justa*.

Eu acho que isso é um argumento forte, é um argumento forte porque [...] na verdade é *uma pena que abstrai a individualidade*, a individualização daquele sujeito, e abstrai a pessoa [...] a sua condição pessoal. [...] Ele é ele, não é igual o outro. [...] Entende? Ele tem a história dele, cometeu o mesmo crime, mas ele pode ter tido motivações diferentes, atenuantes, não atenuantes legais, mas outras atenuantes, vamos dizer, que poderiam ser consideradas e a pena mínima não leva em consideração. E por outro lado eu acho que tem um argumento que se pode tirar daí. Isso de certo modo *desobriga o juiz de se interessar muito pela pessoa*, o criminoso, porque ele também não tem interesse em saber isso porque *ele não vai poder ultrapassar aquela barreira da pena mínima*. Ao passo que se não existisse a barreira da pena mínima de certo modo fica implícito que *ele tem que se interessar melhor pela história do criminoso* e pela história do crime para poder *tentar ser mais justo em relação àquele sujeito*. (Juiz 4)

Ao refletir sobre a abstração da individualidade provocada pela existência da pena mínima, o entrevistado desafia a relação de igualdade (“cometeu o mesmo crime”) que a pena mínima projeta. Mesmo, pois, coincidindo o crime e a pena mínima, “ele é ele, não é igual ao outro”, isto é, o fato de a pena estar prevista em lei para um determinado crime (em abstrato) não indica ser a mais adequada para aquela situação concreta. Além disso, nosso entrevistado extrai uma reflexão mais global sobre o impacto que a existência da pena mínima e essa abstração da individualidade pode causar no funcionamento do sistema de justiça: a pena mínima “desobriga o juiz de se interessar muito pela pessoa”. Na forma exposta pelo entrevistado, a inexistência da barreira que a pena mínima representa poderia servir de estímulo ao juiz para que se interesse pela história da pessoa e pelo próprio fato concreto que deu origem ao processo criminal. E este envolvimento indicaria um caminho para “ser mais justo em relação àquele sujeito”.

Formulações semelhantes aparecem em outras entrevistas. Um dos entrevistados, preocupado com a massificação de sentenças e a aplicação automática da pena mínima, insiste na importância de “analisar, olhar no olho dele” (Juiz 1). O mesmo entrevistado refere-se à complexidade da tarefa de decidir as penas e à importância de desenvolver também uma “preocupação social com um sujeito que ele não conhece mas tem que tratar como cidadão e pensar que ele é cidadão e que é recuperável” (Juiz 1).

O interesse pela pessoa no momento de decisão sobre a pena colocou nossos entrevistados em posição de se interessar também pelas alterações em sua biografia ocorridas com o decurso do tempo. Em uma de nossas entrevistas, ao levar em conta a pessoa que estava “tomando conhecimento” no momento da decisão em segunda instância, a pena mínima prevista na lei foi observada como uma “cruel pena de cinco anos de prisão”.

[...] [Em outra situação] eu tentei resolver pelo *princípio da equidade*. Era um sujeito que praticou um assalto com 18 anos, solteiro e que foi condenado e foi pedido o mandado de prisão. Só que esse mandado de prisão foi cumprido, acho que oito anos depois, se não me falha a memória. Faltava mais ou menos um ou dois anos para ocorrer a prescrição. Então, eu absolvi sob esse fundamento: que *aquela pessoa que tinha sido condenada não era aquela mesma pessoa de que eu estava, em segunda instância, tomando conhecimento*. Porque ele era casado, com filhos, tinha emprego, não havia praticado mais nenhum outro fato. Como é que eu vou aplicar cinco anos de reclusão nessa pessoa? Então, é absolvido. [...] e saí pela equidade, uma situação clara, era necessário encontrar uma situação que o retirasse dessa *cruel pena de cinco anos de reclusão*. Quer dizer, ele já estava *mais do que reinserido* na sociedade. (Jurista 2)

Em situação semelhante, de enorme desconforto na aplicação da pena mínima quando transcorrido muito tempo entre o fato e o momento decisório, outro entrevistado observa que “aquela pena perdeu todo o significado, todo, todo, embora o que ele tenha feito seja muito grave” (Juiz 3). Neste ponto da entrevista, a pena prevista em lei foi considerada “sem sentido” diante do indivíduo concreto que o juiz tinha diante dos olhos. Interessante notar que, neste caso e no trecho citado acima, os entrevistados não estão referindo-se a crimes considerados de pequeno potencial ofensivo, nos quais a questão do longo período de tempo entre o fato e a decisão sobre a pena dificilmente se coloca em virtude da prescrição. Interessante notar também que a teoria da pena mobilizada para observar a “crueldade” de uma pena de cinco anos para aquela pessoa – que já “não era a mesma” que havia sido condenada – foi a teoria da reabilitação: “Ele já estava mais do que inserido na sociedade”. Mas como levar em consideração esse fato diante da pena mínima de cinco anos e de um sistema que valoriza as teorias da retribuição e da prevenção no momento da decisão inicial sobre a pena?<sup>10</sup> O método escolhido por nosso entrevistado para “resolver” a situação foi absolver o réu. É sobre essa questão dos métodos que nos debruçaremos a partir de agora.

#### 4 AINDA SOBRE O OUTRO LADO: MÉTODOS PARA NÃO APLICAR A PENA MÍNIMA

De acordo com a chave proposta aqui, a absolvição, como método para resolver o desconforto decisório gerado pela pena mínima, caracterizaria uma forma de *contorno da linha* mais que uma forma de cruzamento. Ao redor da ideia de contorno da linha, buscamos agrupar as situações nas quais a “saída” formula-se exclusivamente no plano da prática decisória sobre o caso concreto em questão. Nesses casos, como nos casos de cruzamento, também se deixa de aplicar a pena mínima estabelecida pelo legislador, mas ela não é colocada em questão. Tampouco se busca oferecer outros fundamentos para a aplicação da pena que se considera adequada ao caso concreto. Trata-se aqui de situações nas quais se propõe a modificação da decisão sobre a imputação de responsabilidade (absolve-se ao invés de condenar) e a modificação dos termos da imputação (de forma consumada para tentada, por exemplo). Estamos aqui diante de situações nas quais se busca resolver o desconforto gerado pela pena mínima sem colocá-la diretamente em questão. Em outras palavras, soluciona-se o desconforto na

10 O Código Penal Brasileiro, no art. 59 dedicado à “fixação da pena”, refere-se somente a “reprovar” e “prevenir”. O objetivo de “integração social do condenado” aparece apenas na Lei de Execuções Penais (art. 1º).

prática decisória sem permitir que esse desconforto provoque uma reflexão sobre a própria existência da pena mínima (5.1.).

Na segunda situação, de *cruzamento da linha*, agrupamos formulações nas quais é possível identificar que a decisão sobre a pena privilegiou outras mensagens do legislador que não a pena mínima expressa junto ao tipo penal. Nessas situações, aplicar a pena abaixo do mínimo estabelecido pelo legislador constituía um modo de decidir conforme alguns princípios constitucionais que também são mensagens do legislador ao juiz. Nestes casos, mesmo não havendo uma tematização expressa da pena mínima – na forma “deixo de aplicar a pena mínima por essas e essas razões” –, há uma decisão sobre a pena que, ao não se constranger pela mensagem da pena mínima, apoia-se em outras mensagens, como o princípio da proporcionalidade (5.2.).

#### 4.1 RESOLVER O PROBLEMA PRÁTICO SEM ENFRENTAR O PROBLEMA TEÓRICO (CONTORNAR A LINHA)

É possível identificar em nosso material empírico pelo menos duas grandes formas de “contornar a linha”, isto é, de deixar de aplicar a pena mínima prevista pelo legislador para uma situação concreta em que esta pena é vista como “injusta” ou “inadequada”. A primeira consiste em modificar a decisão sobre a imputação (absolver ou arquivar quando há provas para condenar ou processar) e a segunda consiste em modificar os termos desta imputação (desclassificar para crime menos grave ou aplicar causa de redução de pena). Como veremos, essas situações dizem respeito a alterações que se operam no plano puramente intelectual, por exemplo, “ler” como crime tentado um caso no qual as provas indicam haver sido consumado (modificar a leitura). Mas podem se referir também a alterações no plano fático, como subtrair ou deixar de considerar um elemento de prova que possa causar impacto nos termos da imputação (modificar os fatos).

Nas narrativas dessas situações, o espaço decisório do juiz quanto à sanção é percebido como tão restrito que, para evitar o problema que a pena mínima coloca, o juiz retorna à decisão de imputação. É como se ele buscasse “trazer a bola de volta ao seu campo”. Nessas situações, portanto, no momento de determinar a pena, a existência de uma pena mínima inadequada ao caso concreto faz com que o juiz retroceda à sua decisão sobre a imputação, de forma a contornar o problema gerado pela imposição de uma pena injusta.

Nos dois trechos abaixo, temos um exemplo de “modificação da leitura”:

O que acontece comigo [...] é o seguinte: você começa a sentenciar, olha a prova e: “Dá. Isso aqui dá para condenar”. [...] Aí, você vai fixar a pena: “Essa pena está muito alta. Não posso dar essa pena para ele”. É desproporcional, está acima da culpabilidade, da reprovabilidade. Aí, você faz de novo. [...] Às vezes, você pega o mesmo conjunto [...] probatório e até absolve. Ou muda para outra coisa ou acha alguma circunstância ali que permita diminuir qualquer coisa – ou absolve. (Juiz 2)

Não é também que eu deixe de condenar não, mas eu nunca impus uma condenação da qual eu tivesse me arrependido depois, uma pena que eu tivesse me arrependido. Porque quando eu achava que a pena mínima fosse desproporcional ao fato que estava apurado eu encontrava um jeito de absolver ou de transferir [...] [para o] tribunal, o que quer que seja. (Juiz 4)

Nos dois casos, o juiz atua nos limites do que considera ser seu espaço decisório. Por não poder decidir a pena adequada ao caso concreto que tem diante dos olhos, o juiz retrocede uma etapa para modificar seu juízo sobre a decisão de imputação que já havia sido concluída. A partir de um mesmo conjunto probatório, ou seja, sem modificação no plano fático, o juiz se permite realizar outra leitura do processo que permita alterar os termos da imputação para reduzir a pena ou para absolver o réu.

Ambos os trechos mobilizam a proporcionalidade da pena como razão principal para não aplicar a pena mínima prevista em lei. O primeiro trecho estabelece a relação de proporcionalidade entre a pena e “ele”, o réu, bem como sua culpabilidade e a reprovabilidade de sua conduta. Já o segundo estabelece o desequilíbrio entre a pena e o fato. Nenhum dos dois refere-se à proporcionalidade entre a pena e o “crime” tomado em abstrato.

A mudança no juízo de imputação como método para contornar o desconforto decisório gerado pela pena mínima prevista em lei aparece em nosso material empírico não apenas na fala de juízes, mas também de procuradores. Nesses casos, pede-se a absolvição e se utiliza de todas as ferramentas disponíveis para elaborar a fundamentação<sup>11</sup>.

No campo da atuação da promotoria, além do pedido de absolvição ao juiz, o pedido de arquivamento de um inquérito também é apontado como método de contorno do desconforto gerado pela mínima. Conforme se vê abaixo, contudo, este mecanismo “pena mínima” ou “nada” (absolvição) não é o único desfecho possível. O entrevistado, também promotor,

11 Como se observa no seguinte trecho: “P – Você, como promotor, numa situação de desconforto perante a pena mínima que o legislador obriga a aplicar numa situação concreta você pede absolvição ou não? R – Peço absolvição. [...] [E] utilizo todas as ferramentas que disponho [...] para fundamentar” (Promotor 2).

ênfatisa a necessidade de “alguma resposta” e as possibilidades que se poderia utilizar para não “acabar em arquivamento” em razão de ser muito alta a pena mínima. Vejamos o trecho:

Mas eu acho que havendo crime deveria haver alguma espécie de resposta ainda que seja um crime pouco relevante, mas uma resposta branda, deveria. No caso até do cigarrinho [contrabando de mercadorias], estou citando um exemplo, talvez eu esteja sendo um pouco infeliz, porque *o cara perder a mercadoria em si já é uma pena que ele sofre administrativamente*, eu acho até discutível se essa questão deveria ou não ser criminalizada. Mas [...] um furto de alguma coisa de pequeno valor, coisas dessa natureza, que fica claramente [provado] que é crime e não tem uma sanção administrativa. [Nesse caso], por ser de pequeno valor, *you acaba arquivando pra não denunciar* porque também *a pena mínima é de um ano e acaba sendo muito*, mas você podia aplicar uma multa, obrigar a prestar algum serviço comunitário, nem que seja quinze dias de serviço comunitário. É ótimo, [para a pessoa] sentir que aconteceu alguma coisa. Eu acho que é importante, eu acho que é importante. (Promotor 6)

Este excerto nos ajuda a ver algumas possibilidades decisórias diante da especificidade de casos concretos nos quais a pena mínima é injusta ou inadequada. Inicialmente, nosso entrevistado refere-se ao caráter efetivamente punitivo que a perda de mercadoria pode ter, antes e independentemente da pena prevista em lei. Trata-se de observar os efeitos das intervenções do sistema de justiça como um todo e não apenas aqueles diretamente relacionados à aplicação da pena. O trecho registra também o método de desconstituição da decisão de imputação em razão da inadequação da pena: o crime está claramente provado, mas a pena mínima é muito elevada e, então, “você acaba arquivando”. Importante notar que esse desfecho gera incômodo ao entrevistado que considera “importante” para o réu “sentir que aconteceu alguma coisa”. Mas, para isso, ele precisaria ter alguma margem para redução aquém do mínimo para aplicar outros tipos de pena que não a prisão (mudança na qualidade da pena) e/ou por tempo inferior ao previsto no tipo (mudança na quantidade).

Para concluir essa seção sobre as estratégias de contorno da linha, no extrato a seguir, nosso entrevistado denomina “distorção da vida” a aplicação de uma pena que o juiz considere “demais” para um determinado caso concreto. É interessante notar neste trecho a insistência sobre a utilização dos meios e patamares “legais”: a mudança no juízo de imputação em virtude da inadequação da pena mínima constitui uma operação “dentro da lei”.

P – Por sua experiência no momento de dar a sentença, você já viu ou teve notícia de algum caso em que a pena mínima representava um excesso?

R – O que aconteceu... é totalmente empírico, não sei quais são os casos, quem comentou, não lembro. Mas o que aconteceu? Vamos dizer em relação à lei de entorpecentes, agora teve uma alteração tem uma diminuição, etc. O que os juízes faziam [antes da nova lei]? Eles simplesmente absolviam [o crime de tráfico de entorpecentes] ou desclassificavam para o art. 16 [porte de entorpecentes]. Então são as *escapatórias* que você dá. Sem fazer o discurso e sem deixar de aplicar a pena você fala – “Bom, isso é demais, isso é demais”. Então você acaba *usando os meios legais* ou você faz uma *interpretação do fato de forma* que aquilo não seja *uma distorção da vida*, não é? Agora, *you use os patamares legais* de qualquer forma, você não deixa de usar os patamares legais. (Juiz 5)

Esse trecho permite explorar a possibilidade de a pena mínima prevista no tipo, quando excessiva para um determinado caso concreto, representar um desvirtuamento, uma “distorção da vida”. Os métodos apontados aqui também dizem respeito à mudança de leitura de um determinado conjunto fático para absolver ou desclassificar, isto é, condenar pela prática de crime menos grave. Neste caso, sendo considerada excessiva a pena mínima do tráfico, esta mensagem do legislador é colocada de lado para dar espaço à utilização de outras mensagens do legislador ao juiz que permitam “interpretar o fato de outra forma” e “usar os patamares legais”. Na próxima seção, sobre cruzamento da linha, avançaremos sobre outras possibilidades de uso dos “patamares legais” para não aplicar as penas mínimas.

#### 4.2 RESOLVER O PROBLEMA PRÁTICO ENFRENTANDO O PROBLEMA TEÓRICO (CRUZAR A LINHA)

No decorrer das entrevistas, encontramos uma única situação na qual, ao considerar a pena mínima estabelecida pelo legislador inapropriada ao caso concreto, nosso entrevistado encontrou no princípio constitucional da proporcionalidade um modo de fundamentar uma decisão sobre a pena inferior à estabelecida pelo legislador. Neste caso, a inadequação da pena estabelecida pelo legislador ao caso concreto não fez com o que nosso entrevistado retornasse à primeira etapa do processo decisório que diz respeito à imputação. Aqui, houve a manutenção do decreto condenatório – tal como determinava a prova dos autos e a convicção do julgador – e, no momento seguinte de decisão sobre a pena, a mobilização de outras normas e princípios jurídicos.

P – Você já teve essa sensação, ou notou em algum outro juiz, de ficar angustiando em face da existência da pena mínima?

R – ... eu já me angustiei e vou lhe dizer em que situação e como eu tentei resolver. Era um caso de quando [...] [entrou em vigor a lei de] crimes hediondos, eles equipararam [as penas de] estupro e atentado violento ao pudor. Então, seis anos de reclusão por fatos que, dentro da escala de ataques de libidinagem, havia alguma coisa mais simples até alguma coisa muito mais grave. Só que a pena era igual. Seis anos de reclusão. Então, o que nós conseguimos? Começamos a falar que havia uma desproporcionalidade naquela pena fixada pelo legislador e eu determinava a aplicação [da pena que havia sido] revogada, porque o legislador teria ferido a Constituição, no princípio da proporcionalidade. (Jurista 2)

Na situação narrada aqui, o reconhecimento da desproporcionalidade entre a pena mínima prevista na nova lei (6 anos) e casos “mais simples” que se situavam na escala mais baixa dos atos de libidinagem permitiu que se afastasse a pena mínima prevista e se passasse a aplicar a pena prevista na lei revogada que era de 2 anos. Nesta situação, o cruzamento da linha se opera pelo reconhecimento de que a nova pena mínima estava em oposição ao princípio da proporcionalidade, previsto constitucionalmente.

Em uma situação desse tipo, é possível dizer que o juiz reconhece duas mensagens: a pena mínima prevista em lei e a norma constitucional – que, nesse caso, refere-se à proporcionalidade, mas poderia ser também o princípio da individualização da pena. E, diante dessas duas mensagens, cruza a linha marcada com a pena mínima de modo a se colocar na face marcada pela norma constitucional<sup>12</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto buscou oferecer uma contribuição para os estudos sobre as práticas punitivas contemporâneas, focalizando, em particular, a complexidade do processo decisório em matéria de penas. Utilizando uma estratégia metodológica que se revelou profícua para essa finalidade, as entrevistas reflexivas, buscamos acessar aspectos e implicações da decisão sobre a pena que não são documentados nas sentenças ou tematizados pela doutrina jurídica.

Para além do que foi possível sistematizar sobre as razões para aplicar a pena mínima de prisão, mesmo a considerando injusta, bem como das razões e métodos para deixar de aplicá-la, as reflexões propostas aqui oferecem também um quadro teórico-metodológico que pode se revelar útil

12 Sobre a experiência canadense de questionamento das penas mínimas nos tribunais, ver Paciocco (2015) e Machado (2016).

para o estudo de outros temas nos quais a face marcada pelo legislador constringe nosso sentido de justiça.

## REFERÊNCIAS

- LUHMANN, N. (1990). *La ciencia de la sociedad [Die Wissenschaft der Gesellschaft]*. Mexique et Barcelone, Universidad Iberoamericana et Anthropos, 1996.
- \_\_\_\_\_. (1992). *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Barcelona, México: Anthropos, Universidad Iberoamericana y Iteeso, 1996.
- \_\_\_\_\_. (1993). Deconstruction as second-order observing. *New Literary History*, v. 24, p. 763-782.
- \_\_\_\_\_. (2002). *Theories of distinction*. Redescribing the Descriptions of Modernity. Edited and Introduced by William Rasch, Stanford, California: Stanford University Press.
- MACHADO, Maíra R. Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 126, p. 181-222, 2016.
- MACHADO, Maíra R.; PIRES, Alvaro P. Intervenção política na sentença do Direito? Os fundamentos culturais da pena mínima. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 21, n. 3, p. 1042-1083, set. 2016. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9691>>.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. FERREIRA, Carolina; SCHAFFA, Pedro. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 17, 2009. Disponível em: <[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/17Pensando\\_Direito3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/17Pensando_Direito3.pdf)>.
- PACIOCCO, David. The law of minimum sentences: judicial responses and responsibility. *Canadian Criminal Law Review*, v. 19, p. 173-229, 2015.
- PIRES, Alvaro P. La recherche qualitative et le système penal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? *Sociologie Pénale: système et expérience (pour Claude Faurgon)*. Dan Kaminski et Michel Kokoreff (Ed.). Toulouse: Ed. Érès, p. 173-198, 2004.
- \_\_\_\_\_; CAUCHIE, Jean-François. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. *Revista Direito GV*, [s.l.], v. 7, n. 1, p. 299-329, jan. 2011. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24082>>.
- SEIDL, D. (2005). *Organisational Identity and Self-Transformation*. An Autopoietic Perspective, Burlington, USA, Ashgate.
- SPENCER BROWN, G. (1969/1979). *Laws of Form*, New York: E. P. Dutton.

**Sobre as autoras e o autor:**

**Maira Rocha Machado** | *E-mail:* maira.machado@fgv.br

Professora associada da FGV Direito SP, Doutora em Direito pela USP.

**Margarida Garcia** | *E-mail:* mgarcia@uottawa.ca

Vice-Dean, Research and Communications Civil Law Section/Associate Professor/Faculty of Law and Faculty of Social Sciences.

**Álvaro Pires** | *E-mail:* alpires@uottawa.ca

Professor and holder of the Canada Research Chair in Legal Traditions and Penal Rationality.

Artigo convidado.